§§ 1684 und 1685

des

Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde bei der Juristen-Fakultät

zu Rostock eingereicht

von

Ernst Heydemann

Gerichtsassessor.

Rostock.

Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

1905.

Litteratur.

Boehm: „Das Vormundschaftsrecht des B.G.Bs."

Boschau: „Das Eltern- und Vormundschaftsrecht in der gerichtlichen Praxis."

Cosack: „Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts", zweiter Band.

Das Recht: „Rundschau für den deutschen Juristenstand", 4. und 5. Jahrgang.

Denkschrift zum Entwurfe eines B.G.Bs.

Dernburg: „Das bürgerliche Recht", vierter Band.

„Deutsche Juristen-Zeitung", IV. Jahrgang, 1899.

Endemann: „Einführung in das Studium des B.G.Bs.", zweiter Band.

Fraenkel: „Das Familienrecht des B.G.Bs."

Goering: „Das Recht der Minderjährigen und Entmündigten."

Heilfron: „Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes", vierter Band.

Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1901.

Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen, II. Jahrgang, Band 1899.

Knitschky: „Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach B.G.B."

Kruchen: „Fälle des Verlustes der väterlichen Gewalt, im gemeinen Recht und im bürgerlichen Gesetzbuch."

Neumann, „Jahrbuch des deutschen Rechtes", 1. Jahrgang, neunte und zehnte Lieferung.

Neumann: Handausgabe des B.G.Bs., zweiter Band, zweite Auflage.

Motive zu dem Entwurfe eines B.G.Bs., vierter Band.

Mugdan: „Die gesamten Materialien zum B.G.B.“, vierter Band.

Mugdan und Falkmann: „Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte“, erster Band.

Opet: „Das Verwandtschaftsrecht des B.G.Bs.“

Philler: „Das Vormundschaftsrecht des B.G.Bs.“

Planck: „Bürgerliches Gesetzbuch“, vierter Band, erste und zweite Auflage.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B.G.Bs., Band IV.

Scherer: „Die Gesetzgebung des Deutschen Reiches“, erster Teil, Band IX, Heft 1.

Schultheis: „Der deutsche Vormundschaftsrichter.“

Staudinger: „Kommentar znm B.G.B.“, Band IV.

Warneyer: „Jahrbuch der Entscheidungen zum B.G.B.“, 1. und 2. Jahrgang.

Zimmermann: „Das Ruhen der elterlichen Gewalt.“

Disposition.

Erster Abschnitt.

„Einleitung und allgemeine Bedeutung der §§ 1684 und 1685 B.G.Bs."

§ 1. Die elterliche Gewalt der Mutter.

§ 2. Die Bedeutung der §§ 1684 und 1685 für die elterliche Gewalt der Mutter.

Zweiter Abschnitt.

„Einzeldarstellung der §§ 1684 und 1885."

Teil I. § 1684.

„Der Erwerb der elterlichen Gewalt durch die Mutter."

§ 3. Allgemeiner Inhalt und allgemeine Voraussetzung.

§ 4. Die einzelnen Erwerbsfälle der elterlichen Gewalt durch die Mutter.

a) Die elterliche Gewalt der Mutter infolge des Todes des Vaters.

b) Die elterliche Gewalt der Mutter infolge der Todeserklärung des Vaters.

c) Die elterliche Gewalt der Mutter infolge der Verwirkung der Gewalt durch den Vater und der Auflösung der Ehe.

§ 5. Umfang der elterlichen Gewalt der Mutter.

Teil II. § 1685.

„Der Erwerb der Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter."

§ 6. Allgemeine Voraussetzung.

§ 7. Der Erwerb der Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter bei bestehender Ehe.

a) Die Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter infolge tatsächlicher Verhinderung des Vaters.

b) Die Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter infolge des Ruhens der Gewalt des Vaters.

§ 8. Der Erwerb der Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter nach Auflösung der Ehe.

§ 9. Inhalt und Umfang des Rechtes der Mutter zur Ausübung der elterlichen Gewalt.

Dritter Abschnitt.

§ 10. Übergangsbestimmungen.

Erster Abschnitt.

Einleitung und allgemeine Bedeutung der §§ 1684 und 1685 B. G. B.

§ 1.

Die elterliche Gewalt der Mutter im B. G. B.

Dem gemeinen Recht und den auf gemeinrechtlichem Boden stehenden neueren Gesetzgebungen, insbesondere dem preußischen Landrecht und dem sächsischen Gesetzbuch, war eine elterliche Gewalt unbekannt, „die väterliche, nicht die elterliche Gewalt bildete die Grundlage des elterlichen Rechtes“ [1]). Nach dem Tode des Vaters ließen jene Rechte alle elterlichen Befugnisse auf den Vormund und die Obervormundschaft übergehen, während sie der Mutter nichts weiter als einen gewissen Anteil an dem Erziehungsrecht gewährten. Nur dadurch, daß die Mutter selber zum Vormund bestellt wurde, war es derselben möglich, auf indirektem Wege einen Teil der dem Vater kraft der väterlichen Gewalt zustehenden Befugnisse zu erlangen [2]). Das bürgerliche

[1]) Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches, Band IV, Seite 733.

[2]) Vergl. Staudinger, Kommentar zum B. G. B., Band IV, S. 480.

Gesetzbuch hat sich in Gegensatz zu dem gemeinen Recht und den auf diesem beruhenden Gesetzgebungen gestellt. Es hat anschließend an einige Partikularrechte die rechtliche Stellung der Mutter derjenigen des Vaters entsprechend gestaltet und die väterliche Gewalt zu einer elterlichen Gewalt erweitert.

„Die elterliche Gewalt ist vom Standpunkt des bürgerlichen Gesetzbuchs ein seinem Wesen nach beiden Eltern gemeinsam zustehendes Recht[1]). Doch darf dies nicht in dem Sinne verstanden werden, daß die Gewalt zu gleicher Zeit von beiden Eltern gemeinschaftlich ausgeübt wird, sondern bei Lebzeiten des Vaters tritt das Recht der Mutter regelmäßig zurück und steht ihr nichts weiter, als ein Anteil an der Sorge für die Person des Kindes zu. Erst nach dem Tode des Vaters und in gewissen Fällen auch bei dessen Lebzeiten kommt das Recht der Mutter zur vollen Geltung. Hiernach kann man zwei Formen einer elterlichen Gewalt der Mutter unterscheiden, nämlich erstens die Nebengewalt im § 1634 und zweitens die Hauptgewalt in den §§ 1684 und 1685 des B. G. Bs.

§ 2.

Die Bedeutung der §§ 1684 und 1685 für die elterliche Gewalt der Mutter.

Nach § 1634 steht der Mutter während der Dauer der Ehe neben dem Vater die Sorge für die Person des Kindes, ausschließlich der gesetzlichen Vertretung

[1]) Vergl. Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, S. 224.

mit der Einschränkung zu, daß bei Meinungsverschiedenheiten die Meinung des Vaters vorgeht. Wenn das B. G. B. der Mutter nichts weiter als die Nebengewalt des § 1634 gewährt und nur in diesem Sinne von einer elterlichen Gewalt gesprochen hätte, so wäre damit keine tiefgreifende Neuerung geschaffen. Denn ähnliches kam schon im gemeinen Recht vor, obgleich es dort unzweifelhaft nur eine väterliche Gewalt gab. Der große Fortschritt und die wichtige Neuerung liegt darin, daß das B. G. B. der Mutter in den §§ 1684 und 1685 die Hauptgewalt, d. h. das Recht, bezugsweise die Ausübung einer der väterlichen grundsätzlich gleichstehenden elterlichen Gewalt gewährt. Erst damit wird die Mutter gleichberechtigte Trägerin der Gewalt über ihre Kinder und kann von einer wirklichen elterlichen Gewalt der Mutter die Rede sein. Den §§ 1684 und 1685 liegt der in den Motiven näher ausgeführte Gedanke zugrunde, daß für die Fälle, wo der Vater gestorben oder sonstwie an der Ausübung der elterlichen Gewalt verhindert ist, naturgemäß die Mutter die elterliche Schutzpflicht an Stelle des Vaters übernimmt, und daß es nur dieser natürlichen Pflicht und der anerkannten vollen Handlungsfähigkeit der Frauen auf dem Gebiete des Privatrechtes entspricht, wenn der Mutter auch rechtlich eine der Stellung des Vaters grundsätzlich gleichstehende elterliche Gewalt eingeräumt wird [1]). Dementsprechend wendet § 1686 die für die elterliche Gewalt des Vaters geltenden Vorschriften

[1]) Vergl. Motive, Band IV, Seite 736/737.

auf die elterliche Gewalt der Mutter an, so daß diese inhaltlich eine der Gewalt des Vaters völlig gleiche wird, abgesehen allerdings davon, daß die mütterliche Gewalt nach § 1687 durch die Bestellung eines Beistandes eingeschränkt werden kann. Die Bedeutung der §§ 1684 und 1685 ist nun die, daß sie die Tatbestände geben, auf Grund welcher der Mutter eine inhaltlich nach § 1686 geartete elterliche Gewalt zusteht, ihr Inhalt also den Erwerb der elterlichen Gewalt durch die Mutter behandelt. Unter sich sind die beiden Paragraphen insofern verschieden, als die Mutter im § 1684 die elterliche Gewalt als Vollgewalt erwirbt, während sie im § 1685 nur die Ausübung der Gewalt erhält, ohne rechtlich Inhaberin zu werden.

Da das bürgerliche Gesetzbuch eine elterliche Gewalt grundsätzlich nur über eheliche Kinder anerkannt hat, kommt für die §§ 1684 und 1685 auch nur die Mutter ehelicher Kinder und derjenigen Kinder, welche die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes erlangt haben; in Betracht. Ehelich sind die Kinder, die nach Eingehung der Ehe unter den nötigen Voraussetzungen des § 1591 geboren sind, die rechtliche Stellung ehelicher Kinder erlangen die durch nachfolgende Ehe nach § 1719 und durch Ehelichkeitserklärung nach § 1736 legitimierten unehelichen, sowie die nach § 1757 an Kindes Statt angenommenen Kinder; auch gelten die aus nichtiger Ehe stammenden Kinder nach näherer Vorschrift der §§ 1699 ff als ehelich. Für alle diese Kinder besteht zwar eine elterliche Gewalt, doch kommen für die §§ 1684 und 1685 ohne Unter-

schied nur die nach § 1591 ehelichen Kinder und die durch nachfolgende Ehe nach § 1719 legitimierten unehelichen Kinder in Betracht, während von den an Kindes Statt angenommenen nur diejenigen zu berücksichtigen sind, welche nach dem Absatz 2 des § 1757 die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes der Ehegatten erlangen, sowie von den aus nichtiger Ehe stammenden Kindern nur diejenigen, bei welchen beide Ehegatten den Grund der Nichtigkeit bei der Eheschließung gemäß §§ 1699, 1700 nicht kannten; für die beiden Paragraphen bleiben überhaupt gänzlich außer Betracht die durch Ehelichkeitserklärung nach § 1736 legitimierten unehelichen Kinder. Abgesehen von diesen letzteren durch Ehelichkeitserklärung legitimierten Kindern, bei denen eine elterliche Gewalt der Mutter niemals stattfinden kann, liegt der Grund vorstehender Unterscheidung darin, daß die §§ 1684 und 1685 nur diejenigen Fälle aufzählen, in welchen die Mutter nach normalen und regelmäßigen Verhältnissen zur elterlichen Gewalt gelangen kann. Das sind eben die Fälle, in welchen die Mutter nur an Stelle des an sich erstberechtigten Vaters die elterliche Gewalt übernimmt oder ausübt. Die beiden Paragraphen setzen also eine der mütterlichen Gewalt an sich vorgehende väterliche Gewalt voraus und passen so nicht für die seltenen Fälle, in welchen ein erstberechtigter väterlicher Gewalthaber überhaupt nicht vorhanden ist, sondern nur die Mutter die allein zur elterlichen Gewalt berechtigte ist. Solche Ausnahmefälle mütterlicher Alleinberechtigung bringen der Absatz 1 von § 1757,

wenn eine einzelne Frau, mag sie verheiratet oder unverheiratet sein, ein Kind an Kindes Statt annimmt, und § 1701, wenn dem Vater, aber nicht der Mutter, die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt war.[1]) Diese Ausnahmefälle unterstehen zwar den allgemeinen Vorschriften über die elterliche Gewalt der Mutter nach den §§ 1686 ff., werden aber von den §§ 1684 und 1685 nicht getroffen.

Die vorhin aufgestellte Behauptung, daß die §§ 1684 und 1685 den Erwerb der elterlichen Gewalt durch die Mutter behandeln, ist also dahin einzuschränken, daß sie nur den regelmäßigen Erwerb, wo die Gewalt vom Vater auf die Mutter übergeht, behandeln.

---

[1]) Zu § 1701 ist § 1704 heranzuziehen, nach welchem bei der Anfechtung der Ehe wegen Drohung der anfechtungsberechtigte Ehegatte einem Ehegatten gleichsteht, dem die Nichtigkeit bei der Eheschließung unbekannt war.

Zweiter Abschnitt.

Einzeldarstellung der §§ 1684 und 1685.

Teil I. § 1684.

Der Erwerb der elterlichen Gewalt durch die Mutter.

§ 3.

Allgemeiner Inhalt und allgemeine Voraussetzung.

Der § 1684 hat folgenden Inhalt: „Der Mutter steht die elterliche Gewalt zu:

1. wenn der Vater gestorben oder für tot erklärt ist;

2. wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat und die Ehe aufgelöst ist.

Im Falle der Todeserklärung beginnt die elterliche Gewalt der Mutter mit dem Zeitpunkte, der als Zeitpunkt des Todes gilt."

Der § 1684 zählt unter zwei Nummern die Fälle auf, in welchen die Mutter an Stelle des Vaters die elterliche Gewalt erhält, die väterliche Gewalt ist

definitiv zu Ende[1]), und die Mutter erwirbt kraft Gesetzes und ohne vormundschaftsgerichtliche Mitwirkung das alleinige und volle Recht der elterlichen Gewalt.

Allgemeine und eigentlich selbstverständliche Voraussetzung des § 1684 ist, daß die Mutter auch fähig ist, die elterliche Gewalt zu erwerben. Unfähig ist die Mutter in dem Fall, daß bei ihr in der nach § 1684 maßgeblichen Zeit des Eintritts ihrer Gewalt Gründe vorliegen, aus denen sie, wenn ihr die Gewalt zugestanden hätte, diese verloren haben würde. Der § 1560 des ersten Entwurfs hatte dies ausdrücklich ausgesprochen, doch ist er von der zweiten Kommission gestrichen, da die Bestimmung selbstverständlich und die Analogie der vorhandenen Vorschriften ausreichend sei[2]).

Praktische Fälle solcher mütterlichen Unfähigkeit zum Gewalterwerb können sich nur selten und nur dann ergeben, wenn die für tot erklärte Mutter lebt, ohne die nach § 1679 Abs. 2 nötige Erklärung abzugeben, wenn die Mutter eine neue Ehe eingegangen, oder wegen einer an dem Kinde begangenen Straftat, welche die Verwirkung der Gewalt zur Folge gehabt hätte, rechtskräftig verurteilt ist. In allen diesen Fällen muß dem Kinde nach § 1773 ein Vormund bestellt werden.

[1]) Allerdings nur mit der Einschränkung richtig, daß der Vater ausnahmsweise nach erfolgter Todeserklärung die Gewalt gemäß § 1679 Absatz 2 zurückerlangen kann.

[2]) Vergl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs, Band IV, Seite 662.

§ 4.

Die einzelnen Erwerbsfälle der elterlichen Gewalt durch die Mutter.

a) Die elterliche Gewalt der Mutter infolge des Todes des Vaters.

Der erste Erwerbsgrund einer elterlichen Gewalt der Mutter ist der Tod des Vaters. Im gewöhnlichen Leben und unter normalen Verhältnissen wird nur nach dem Tode des Vaters ein Gewaltübergang auf die Mutter stattfinden, daher ist dieser erste Fall der Hauptfall und praktisch wichtigste, auch liegt in ihm die eigentliche Bedeutung und Tragweite des § 1684. Die elterliche Gewalt der Mutter beginnt im Zeitpunkt des Todes des Vaters, beziehungsweise im Zeitpunkt der Geburt des Kindes, wenn der Vater vorher gestorben ist, so daß beim nachgeborenen Kind die Mutter die elterliche Gewalt von vorneherein erhält. Aus Zweckmäßigkeitsgründen, um in jeder Beziehung für das Kind sorgen, und auch wenn nötig, die Gewalt der Mutter beschränken und über ihre Persönlichkeit sich orientieren zu können, erhält das Vormundschaftsgericht nach F. G. § 48 von dem Tode des Vaters durch Anzeige des Standesbeamten Nachricht, desgleichen von der Geburt eines ehelichen Kindes nach dem Tode des Vaters.

b) Die elterliche Gewalt der Mutter infolge der Todeserklärung des Vaters.

Dem Tode des Vaters ist seine Todeserklärung gleichgestellt, so daß im Falle der Todeserklärung die

elterliche Gewalt des Vaters endigt und an ihre Stelle die Gewalt der Mutter tritt.

In der zweiten Kommission haben Bedenken gegen die Aufnahme der Todeserklärung als Beendigungsgrund der elterlichen Gewalt geherrscht. Es ist der Antrag gestellt, die diesbezügliche Bestimmung des Entwurfs aufzuheben und auch im Falle der Todeserklärung nur ein Ruhen der elterlichen Gewalt nach § 1554 des ersten Entwurfs (jetzt § 1677) eintreten zu lassen[1]). Der Antrag ist mit Recht abgelehnt[2]). Auch jetzt vertritt Kruchen noch den Standpunkt, daß es nicht einzusehen sei, warum das Gesetz die Todeserklärung zu einer Beendigungsart der elterlichen Gewalt gemacht habe, da die allgemeinen Grundsätze der Todesvermutung nach Maßgabe des § 18 im Zusammenhang mit den vorhandenen Vorschriften über elterliche Gewalt vollauf genügt haben würden, auch habe das Kind schon vom Augenblick der Verschollenheit an einen gesetzlichen, an Stelle des Verschollenen tretenden Vertreter, indem entweder die Mutter nach § 1685 die Gewalt ausübe, oder wenn diese nicht mehr lebe, nach § 1773 ein Vormund bestellt werde. Es sei daher nicht nötig, dem Vater die Gewalt zu nehmen, um die von einem anderen vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht in Frage zu stellen oder Verwickelungen aus der möglichen Fortdauer der elterlichen Nutznießung

[1]) Vergl. Protokolle IV, Seite 644.

[2]) Vergl. die in den Protokollen, Band IV, Seite 645 für die Ablehnung des Antrages gegebene Begründung.

zu vermeiden[1]). Kruchen übersieht hierbei, daß den nach §§ 1685, 1773 an Stelle des Vaters tretenden gesetzlichen Vertretern nur die Ausübung der Gewalt, aber regelmäßig[2]) nicht das Recht der Nutznießung am Kindesvermögen zusteht, so daß ohne die durch die Todeserklärung eingetretene Beendigung der elterlichen Gewalt der für tot erklärte Vater im Falle seiner Rückkehr oder seine Erben im Falle seines in Wirklichkeit erst später erfolgten Todes den rückwärts wirkenden Anspruch auf Herausgabe der zuvor gezogenen Nutzungen haben, wodurch häufig, da die gesetzlichen Vertreter mit der Möglichkeit einer Fortdauer der väterlichen Nutznießung nicht gerechnet, Rechtsunsicherheit und Verwicklungen mancherlei Art entstehen können. Es ist daher richtig, wenn die Motive sagen, daß erst durch die Bestimmung einer Beendigung der elterlichen Gewalt im Falle der Todeserklärung des Gewalthabers einfache und klare Verhältnisse geschaffen werden[3]). Und da diese Art der Regelung zugleich Voraussetzung für den hier in Betracht kommenden Erwerb der elterlichen Vollgewalt der Mutter ist, liegt auch ein solcher Erwerb im Falle der Todeserklärung

[1]) Vergl. Franz Kruchen: „Fälle des Verlustes der väterlichen Gewalt im gemeinen Recht und im bürgerlichen Gesetzbuch", Seite 80—82.

[2]) Ausnahmsweise steht der Mutter im Abs. 2 des § 1685 auch die Nutznießung zu, doch würde dieser nicht häufig Anwendung finden, da durch die Todeserklärung allein die Ehe noch nicht aufgelöst würde.

[3]) Vergl. Motive IV, Seite 832.

des Vaters im Interesse geordneter und fester Rechtszustände.

In demselben Zeitpunkt, in welchem nach § 1679 die elterliche Gewalt des Vaters endigt, läßt der Absatz 2 des § 1684 die elterliche Gewalt der Mutter anfangen, indem er bestimmt, daß im Falle der Todeserklärung die elterliche Gewalt der Mutter mit dem Zeitpunkt beginnt, der als Zeitpunkt des Todes des Vaters gilt. Dieser Zeitpunkt wird in § 18 Absatz 2 und 3 des näheren festgesetzt und muß auch im Ausschlußurteil nach C.P.O. § 970 Absatz 2 festgestellt werden. Indem die Mutter erst, wenn der Vater für tot erklärt ist, also mit dem Erlaß des die Todeserklärung aussprechenden Urteils, die elterliche Gewalt erwirbt, das Urteil aber hinsichtlich des mütterlichen Gewaltbeginnens auf den regelmäßig längere Zeit zurückliegenden Zeitpunkt, der im Urteil als Todestag bestimmt ist, zurückwirkt, tritt die elterliche Gewalt der Mutter bereits zu einer Zeit ein, wo sie diesen Eintritt ihrer Gewalt weder kannte noch kennen konnte. Infolgedessen ist es denkbar, daß in der Zeit der mütterlichen Gewaltberechtigung, welche vor dem Erlaß des Ausschlußurteils liegt, von einem für das Kind bestellten gesetzlichen Vertreter oder ihm gegenüber Rechtsgeschäfte vorgenommen werden, welche mit dem Erlaß des Urteils sich als ohne Vertretungsmacht abgeschlossene Rechtsgeschäfte darstellen, da bei ihrer Vornahme die gesetzliche Vertretung der Mutter zugestanden hatte. Auf die Möglichkeit einer solchen Rechtsunsicherheit macht Planck aufmerksam. Derselbe weist aber

zugleich auf die praktische Bedeutungslosigkeit der sich hieraus ergebenden Bedenken hin, weil in dem gedachten Falle regelmäßig die Mutter die elterliche Gewalt in der Zwischenzeit schon wegen Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters ausgeübt haben wird[1]). Den Planckschen Ausführungen ist hinzuzufügen, daß nach § 1685 Absatz 1 nicht nur beim Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters, sondern auch bei seiner sonstigen tatsächlichen Verhinderung die Ausübung der Gewalt der Mutter zusteht, daß also auch bereits für die erste Zeit der väterlichen Verschollenheit, für welche ein Ruhen nach § 1677 noch nicht festgestellt ist, die Gewalt wegen Abwesenheit des Vaters grundsätzlich von der Mutter ausgeübt wird. Eine wirkliche Gefahr für die Sicherheit des Verkehrs besteht demnach nicht. Vielmehr liegt auch der Bestimmung der Zurückziehung des Beginnes der mütterlicheu Gewalt auf den als Todestag des Vaters geltenden Zeitpunkt derselbe Gedanke zugrunde, welcher der Gesamtvorschrift, daß mit der Todeserklärung die Gewalt des Vaters endigt und an ihre Stelle diejenige der Mutter tritt, zugrunde liegt, nämlich auch sie ist gerade aus Gründen der Rechtssicherheit nötig, um für den Fall der Rückkehr des Vaters einfache und klare Verhältnisse zu schaffen.

Der Erwerb der elterlichen Gewalt der Mutter im Falle der Todeserklärung hat vor den anderen Erwerbsfällen die Besonderheit, daß er der einzige ist,

[1]) Vergl. Planck, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Band IV, Seite 437 und 438.

in welchem eine Wiedererlangung der elterlichen Gewalt von seiten des Vaters möglich ist[1]). Nach § 1679 Absatz 2 kann der für tot erklärte Vater, wenn er lebt, die Gewalt wieder erlangen, doch wird ihm vom Gesetz die Gewalt nicht ohne weiteres zurückgegeben, sondern an den neuen Rechtsgrund der Abgabe einer darauf gerichteten Willenserklärung dem Vormundschaftsgerichte gegenüber geknüpft. Diese Statuierung eines besonderen Rechtsgrundes ist nötig, weil nach § 1679 Absatz 1 im Falle der Todeserklärung des Vaters die Beendigung seiner elterlichen Gewalt nicht nur vermutet wird, sondern wirklich eintritt[2]). Dementsprechend verbleibt es bei einer Beendigung der Gewalt des Vaters, wenn er die nach § 1679 Absatz 2 nötige Erklärung nicht abgibt. Was den Fortbestand der elterlichen Gewalt der Mutter anbetrifft, so ist Knitschky der Meinung, daß im Falle der Rückkehr des für tot erklärten Vaters die Gewalt der Mutter stets endige, und wenn der Vater die Gewalt nicht wiedererlangen wolle oder könne, Vormundschaftsbestellung erforderlich sei, da nach dem Sinne des § 1684 die Mutter nicht während bestehender Ehe und auch nicht bei Lebzeiten des Mannes (abgesehen in

---

[1]) Dem steht nicht entgegen, daß das Verwirkungsurteil des § 1680 im Wiederaufnahmeverfahren durch eine die Verwirkung ausschließende Entscheidung ersetzt werden kann, da solchen Falls ein rechtmäßiger Verlust der elterlichen Gewalt überhaupt nicht eingetreten ist. Vergl. Seite 22.

[2]) Staudinger, Band IV, Seite 476.

§ 1684 Nr. 2) Gewalthaberin werden solle[1]). Knitschky hat damit Recht, daß im § 1684 der Grundsatz gilt: Solange die Ehe besteht, geht die Gewalt nicht auf die Mutter über. Dennoch ist seine Folgerung eine falsche, da der Gewaltübergang im Falle der Todeserklärung eine Ausnahme von diesem Grundsatz bildet. Allerdings erwirbt die Mutter in den seltenen Fällen, in welchen der für tot erklärte Vater die Todeserklärung überlebt hat, die elterliche Gewalt bei bestehender Ehe, da diese nicht durch die Todeserklärung, sondern erst durch die Schließung einer neuen Ehe aufgelöst wird (vergl. § 1348 Absatz 2). Infolgedessen wird durch die Rückkehr des für tot erklärten Vaters die Sachlage keine andere, da der Fall der Auflösung der früheren Ehe durch Eingehung einer neuen von seiten der Mutter im Hinblick auf § 1697 nicht in Betracht kommen kann. Und der Umstand, daß der Vater noch lebt und zurückgekehrt ist, kann nach den klaren Worten des Gesetzes für sich allein keine Wirkung haben, sondern die elterliche Gewalt des Vaters soll solange beendigt sein und demnach die für die Zeit der Beendigung erworbene Gewalt der Mutter solange von Bestand bleiben, bis der Vater die nach § 1679 Absatz 2 nötige Erklärung abgegeben und damit den für das Wiederaufleben seiner Gewalt nötigen neuen Rechtsgrund erlangt hat[2]). Zugleich führt diese Ansicht

[1]) Vergl. Knitschky: „Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem bürgerlichen Gesetzbuch", Seite 246.

[2]) Ebenso im Ergebnis doch ohne Begründung Planck IV, Seite 437.

zu einem billigeren und den Umständen mehr entsprechenden Ergebnis, als diejenige Knitschkys, bei welcher die Kinder der Gewalt der für sie interessierten Mutter entzogen würden, ohne daß der Vater die Gewalt wieder übernimmt.

c) Die elterliche Gewalt der Mutter infolge der Verwirkung der Gewalt durch den Vater und der Auflösung der Ehe.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat Bedenken getragen im Falle der Verwirkung der väterlichen Gewalt schon bei bestehender Ehe einen Gewaltübergang auf die Mutter stattfinden zu lassen. „Eine solche Bestimmung würde bei der Abhängigkeit der Mutter von dem Vater und dem Einflusse des letzteren auf die Mutter den Erfolg der getroffenen Maßregel in vielen Fällen vereiteln oder eine Störung des ehelichen Friedens hervorrufen und eine den natürlichen Verhältnissen nicht entsprechende Stellung der Mutter gegenüber dem Vater in Ansehung der Kinder mit sich bringen“ [1]). Erst mit Auflösung der Ehe verlieren diese Bedenken ihre Bedeutung, das Gesetz läßt daher zur Verwirkung der elterlichen Gewalt seitens des Vaters die Auflösung der Ehe hinzutreten, und gewährt der Mutter nur, sobald beides vorliegt, die elterliche Gewalt. Hat dagegen der Vater bei noch bestehender Ehe die Gewalt verwirkt, so tritt, solange die Ehe dauert, niemals die elterliche Gewalt der Mutter ein, sondern

[1]) Motive IV, Seite 806.

es muß dem nunmehr gewaltfrei gewordenen Kinde nach § 1773 ein Vormund bestellt werden [1]), neben welchem der Mutter nur die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes gemäß § 1698 zusteht.

Die erste Voraussetzung für den mütterlichen Gewalterwerb ist die Verwirkung der elterlichen Gewalt durch den Vater. Der Haupttatbestand der Verwirkung wird im § 1680 aufgeführt und besteht in der rechtskräftigen Verurteilung des Vaters zu Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe von mindestens sechs Monaten wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlich verübten Vergehens. Außer im § 1680 enthält das Gesetz einen weiteren Grund der elterlichen Gewaltverwirkung; es bestimmt im § 1771, daß, wenn Personen, die durch Annahme an Kindes Statt verbunden sind, der Vorschrift des § 1311 zuwider eine Ehe geschlossen haben und diese Ehe nichtig ist, der Ehegatte, welchem die Gewalt über den anderen zusteht, diese mit der Eheschließung verwirkt, abgesehen von dem Fall, daß die Nichtigkeit auf einem Formmangel beruht und die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen ist. Doch kann der § 1771 wenig in Betracht kommen, da bei demselben nur selten die für den Gewaltübergang auf die Mutter erforderlichen Voraussetzungen gegeben sein werden. Der Übergang der Gewalt auf die Mutter ist, wie Knitschky mit Recht hervorhebt, nur dann möglich,

[1]) Falsch und unverständlich Scherer: „Die Gesetzgebung des Deutschen Reiches", Bürgerliches Recht, Band IX, Seite 360, welcher solchen Falles einen Pfleger zur Ausübung der elterlichen Gewalt bestellt wissen will.

wenn ein Ehepaar gemeinschaftlich ein Kind oder einer von ihnen das Kind des anderen angenommen hat, darauf das Ehepaar geschieden ist und alsdann der geschiedene Ehegatte die angenommene Tochter in nichtiger Ehe geheiratet hat [1]). Weitere Gründe der Verwirkung, als die nach den §§ 1680 und 1771 angeführten, hat das Gesetz nicht aufgestellt, insbesondere ist die nach § 1666 zulässige Entziehung aller elterlichen Gewaltrechte kein Fall der Verwirkung. — Hinsichtlich der Erstreckung der Verwirkung sei hervorgehoben, daß die elterliche Gewalt des Vaters nur über dasjenige Kind verwirkt wird, an welchem die strafbare Handlung verübt ist, unbeschadet der Anwendbarkeit des § 1666, nach welchem das Vormundschaftsgericht in der Lage ist, dem Vater auch bezüglich der anderen Kinder die elterliche Gewalt zu beschränken, wenn deren geistiges oder leibliches Wohl durch den Vater gefährdet wird [2]).

Zu der Verwirkung der Gewalt durch den Vater muß als fernere Voraussetzung des mütterlichen Gewalterwerbes die Auflösung der Ehe hinzutreten. Nach dem bürgerlichen Gesetzbuch wird eine gültige Ehe durch Tod eines Ehegatten, durch Wiederverheiratung eines Ehegatten nach erfolgter Todeserklärung des anderen und durch Ehescheidung, beziehungsweise durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft aufgelöst. Von diesen drei Auflösungsgründen kann hier, da beim

[1]) Knitschky, Seite 246.

[2]) Vergl. Motive IV, Seite 840, Staudinger IV, Seite 477 und Neumann, Handausgabe des B. G. Bs, Band II, Seite 934.

Tode des Vaters die Mutter schon ohne weiteres die elterliche Gewalt erwirbt, von dem ersten überhaupt nicht und von dem zweiten nur in beschränktem Maße die Rede sein. Dieser zweite kann niemals dann in Frage kommen, wenn die Mutter diejenige ist, welche nach der Todeserklärung des Vaters sich wieder verheiratet, denn die Mutter, welche die elterliche Gewalt an sich schon mit der Todeserklärung erwirbt, verliert nach § 1697 die Gewalt mit Eingehung einer neuen Ehe und erlangt dieselbe auch nach Auflösung dieser Ehe nicht wieder[1]). Zugleich ist die Mutter mit ihrer Wiederverheiratung dauernd unfähig zu einem neuen Gewalterwerb geworden und kann so die Gewalt auch dann nicht bekommen, falls sich von neuem eine Erwerbsmöglichkeit mit anderen Voraussetzungen für sie bieten sollte, und dies ist insofern möglich, als der für tot erklärte Vater, nach erfolgter Wiederverheiratung der Mutter zurückgekehrt, seine nach § 1679 Absatz 2 zurückgewonnene Gewalt verwirken kann. Der Eheauflösungsgrund der Wiederverheiratung eines Ehegatten nach erfolgter Todeserklärung des anderen kann daher nur in dem umgekehrten Fall, daß die Mutter der für tot erklärte und der Vater der sich wiederverheiratende Elternteil ist, in Betracht kommen und ist so auch nur dann denkbar, wenn die für tot erklärte Mutter nach Eingehung einer neuen Ehe von seiten des Vaters zurück-

[1]) Vergl. Dernburg: Das bürgerliche Recht, Band IV, Seite 271, Anm. 3; Neumann, Band II, Seite 929; Planck IV, Seite 449.

kehrt, und der Vater die Gewalt über ein Kind der früheren Ehe inzwischen oder später verwirkt hat [1]). Demnach wird der noch übrig gebliebene Auflösungsgrund der Ehescheidung und derselben nach den §§ 1575, 1586 gleichgestellten Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft [2]) den Hauptanwendungsfall für den Erwerb der elterlichen Gewalt durch die Mutter bei Verwirkung derselben durch den Vater bilden. Der Auflösung einer gültigen Ehe durch Scheidung steht hier im Erfolg, wenn auch rechtlich auf anderer Grundlage, die gerichtliche Nichtigkeitserklärung einer ungültigen Ehe gleich. Es bestimmt sich nach § 1700 das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern aus nichtiger Ehe, welche als ehelich anzusehen sind, für den Fall, daß beide Ehegatten bei der Eheschließung im guten Glauben waren, nach den Vorschriften, welche für Kinder aus einer geschiedenen Ehe gelten, wenn beide Ehegatten für schuldig erklärt sind, so daß bei solch nichtiger Ehe dem Vater die Gewalt über die Kinder zusteht, dieselbe aber im Falle ihrer Verwirkung ohne weiteres auf die Mutter übergeht.

Sobald die nötigen beiden Tatsachen: Verwirkung und Auflösung der Ehe vorliegen, tritt unter Beendi-

[1]) Vergl. Motive IV, Seite 841 und Planck IV, Seite 437.

[2]) Bestritten ist, ob die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft als Auflösung der Ehe anzusehen ist. Dafür sind Planck, Neumann, Endemann, Knitschky u. a. mehr, dagegen Staudinger und Dernburg. Ich schließe mich den ersteren an, ohne des näheren auf die Gründe, die für und wider sprechen, einzugehen, da die Entscheidung dieser Frage nicht hierher, sondern zur Auslegung der §§ 1575 und 1586 gehört.

gung der etwa eingeleiteten Vormundschaft die elterliche Gewalt der Mutter ein, wobei es unerheblich ist, ob die Verwirkung der Eheauflösung voraufgeht oder folgt. Die Gewalt der Mutter muß regelmäßig [1]) mit der Rechtskraft eines Urteils beginnen und zwar entweder mit der Rechtskraft des Verwirkungsurteils oder mit derjenigen des Scheidungs- beziehungsweise Aufhebungsurteils, je nachdem das erstere oder das letztere das der Zeit nach spätere ist. Anderer Meinung ist Opet[2]), nach welchem die Mutter, wenn der Vater schon früher die Gewalt verwirkt hatte, diese bereits mit dem Erlasse und nicht mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils erwirbt. Doch ist Opets Ansicht unrichtig, da das Entscheidende für den Gewalterwerb der Mutter nicht die Scheidung, sondern die Auflösung der Ehe ist und diese nach § 1564 Satz 3 erst mit der Rechtskraft des Urteils eintritt.

Da an sich die Verwirkung der Gewalt und die Eheauflösung Tatsachen von dauernder Beschaffenheit sind, ist auch der Verlust der Gewalt durch den Vater und der Erwerb derselben durch die Mutter ein endgültiger. Doch können zwei Abweichungen von allerdings nur geringer praktischer Bedeutung vorkommen. Die eine besteht darin, daß es möglich ist,

---

[1]) Eine Ausnahme besteht lediglich für den seltenen Fall des § 1771, Absatz 2, in welchem die Verwirkung und damit auch die elterliche Gewalt der Mutter mit der Schließung der nichtigen Ehe zwischen Adoptivvater und Adoptivtochter beginnt. Vergl. Seite 17.

[2]) Opet: „Das Verwandschaftsreht des B G.Bs.“, Seite 320.

daß das Verwirkungsurteil des § 1680 im Wiederaufnahmeverfahren (Str.P.O. §§ 399 ff.) durch eine die Verwirkung ausschließende Entscheidung ersetzt wird. Da solchen Falles eine Verwirkung der elterlichen Gewalt durch den Vater von Rechts wegen nicht eingetreten ist, müssen auch die Folgen der Verwirkung, der Verlust der Gewalt durch den Vater und der Erwerb derselben durch die Mutter, mit rückwirkender Kraft als beseitigt gelten[1]). Auf die zweite Abweichung macht Planck aufmerksam. Dieselbe entsteht, wenn bei der Auflösung der Ehe durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen nach § 1587 wegfallen, wodurch die Mutter die Gewalt verliert und an ihrer Stelle für die verwirkte elterliche Gewalt des Vaters ein Vormund bestellt werden muß[2]).

§ 5.

Umfang der elterlichen Gewalt der Mutter.

Im § 1684 tritt die Mutter an die Stelle des Vaters und übernimmt von ihm die elterliche Gewalt.

---

[1]) Vergl. Staudinger IV, Seite 477; Planck IV, Seite 433 und Opet, Seite 295. Die beiden letzteren machen zugleich auf die durch den Wegfall der Verwirkung nach rückwärts entstehende Schwierigkeit hinsichtlich der Wirksamkeit der inzwischen von der Mutter oder dem Vormund des Kindes vorgenommenen Rechtshandlungen aufmerksam und schlagen Aushülfen zur Beseitigung dieser Schwierigkeit vor.

[2]) Vergl. Planck IV, Seite 437.

Doch leitet sie ihr Recht nicht von demjenigen des Vaters ab, sondern erwirbt alle Rechte und Pflichten völlig unabhängig von dem Umfang der dem Vater im Zeitpunkt seiner Gewaltbeendigung zustehenden Befugnisse. Mag der Vater auf das Recht der Nutznießung nach § 1662 verzichtet haben oder mag ihm durch vormundschaftsgerichtliche Anordnung der Kreis seiner Obliegenheiten nach den §§ 1666 und 1670 gänzlich oder teilweise entzogen sein, oder mag er sonstwie in der Ausübung seiner Rechte beschränkt sein, der elterlichen Gewalt der Mutter kann alles dies nicht schaden und nicht entgegenstehen. Die Mutter erlangt die elterliche Gewalt aus eigenem Recht und erwirbt dieselbe regelmäßig in dem vollen und unbeschränkten Umfange, so daß ihr kraft ihrer elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht der Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes, das Recht der Nutznießung am Kindesvermögen, und das Recht und die Pflicht der Vertretung des Kindes zusteht.

Doch kann ausnahmsweise infolge von Tatsachen, welche in der Person der Mutter oder des Kindes eingetreten sind, der Übergang der Gewalt auf die Mutter in nur beschränktem Umfange stattfinden. Dies folgt daraus, daß nach § 1686 auf die elterliche Gewalt der Mutter die für die elterliche Gewalt des Vaters geltenden Vorschriften Anwendung finden und danach schon zu der Zeit, zu welcher die Mutter nach § 1684 die elterliche Gewalt erlangt, die Umstände zu berücksichtigen sind, welche ein Ruhen nach den §§ 1676 und 1677 oder eine Beschränkung der elterlichen Gewalt

nach den §§ 1647, 1633 und 1661 [1]) zur Folge haben. An sich wird durch diese Tatsachen der Erwerb der elterlichen Gewalt nicht gehindert. Doch kann im Falle des Ruhens die Mutter die Gewalt gemäß der §§ 1686, 1678 nicht selber ausüben, sondern es muß nach § 1773 ein Vormund bestellt werden.

Zu den Bestimmungen von solch' einschränkendem Einfluß können auch die §§ 1635 und 1637 gehören, welche die Sorge für die Person des Kindes regeln, wenn die Ehe der Eltern durch Scheidung nach den §§ 1565 bis 1568 oder durch Wiederverheiratung nach erfolgter Todeserklärung nach § 1348 Absatz 2 aufgelöst ist. Diese Vorschriften, welche an sich nach § 1686 Anwendung finden müssen, kommen aber für die Nr. 1 des § 1684 nicht in Betracht, da sie nach dem Wortlaut des § 1635 nur solange gelten, als beide Ehegatten leben. Die nach den §§ 1635 und 1637 getroffene Regelung erledigt sich daher in dem Augenblick von selbst, in welchem der Vater stirbt oder für tot erklärt wird; es gelten dann, selbst wenn die Mutter der allein für schuldig erklärte Teil und die Personensorge bis dahin ihr völlig entzogen gewesen, die allgemeinen Grundsätze, welche im Regelfalle die Gewalt in vollem Umfang auf die Mutter übergehen lassen, vorbehaltlich des Rechtes des Vormundschaftsgerichtes einzuschreiten,

[1]) Zu § 1661 ist nach Fraenkel: „Das Familienrecht des B. G. Bs.", Seite 154, zu beachten, daß, wenn das Kind ohne Einwilligung des Vaters heiratet, die Nutznießung auch der Mutter verbleibt, wenn die elterliche Gewalt später vom Vater auf die Mutter übergeht.

insofern hierzu auf Grund der Scheidungsschuld der Muttter nach dem § 1666 Veranlassung gegeben ist[1]). In gewissem Sinne spricht der Wortlaut des § 1635 auch gegen seine und des § 1637 Anwendbarkeit auf die Nr. 2 des § 1684, da von einer Regelung der Personensorge unter den Eltern nicht gut mehr in dem Fall die Rede sein kann, wo dem Vater infolge der Verwirkung seiner Gewalt niemals, auch wenn die Mutter für allein schuldig erklärt ist, die Sorge für die Person des Kindes zufallen kann. Doch bleiben die §§ 1635 und 1637 nach § 1686 insofern von Geltung, als das Personensorgerecht der Mutter auch im Falle der Verwirkung der väterlichen Gewalt nach ihnen sich richten und der Übergang der Gewalt auf die Mutter mit den Modifikationen der §§ 1635 und 1637 stattfinden muß. Einen einschränkenden Einfluß wird dies dann haben, wenn die Mutter für allein schuldig und eventuell auch dann, wenn sie für mitschuldig zu gelten hat. In diesen Fällen erwirbt die Mutter für die Lebenszeit des die Gewalt verwirkt habenden Vaters die elterliche Gewalt ohne die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes, für welche, da nunmehr beide Ehegatten unwürdig erscheinen, ein Pfleger zu bestellen ist. Sehr praktisch und billig will mir dies Resultat nicht erscheinen. Praktischer und billiger würde es sein, wenn mit der Verwirkung der Gewalt des Vaters, ebenso wie mit dem Tode desselben, die Regelung der §§ 1635 und 1637 ohne weiteres entfiele und die

[1]) Vergl. Neumann II Seite 911; Fraenkel Seite 135.

Mutter immer in ihrer elterlichen Gewalt auch die Personensorge miterwürbe, vorbehaltlich des Rechts des Vormundschaftsgerichts gegen die mitschuldige oder alleinschuldige Mutter gemäß § 1666 einzuschreiten. Auch die inneren Gründe, welche die Regelung der §§ 1635 und 1637 mit dem Tode des Vaters wegfallen lassen, sprechen dafür; denn bei der Verwirkung ist ebenso wie beim Tode die Gewalt des Vaters endgültig zu Ende und die tatsächliche und rechtliche Stellung der Mutter in beiden Situationen die gleiche, wenn zu der Verwirkung noch die Eheauflösung hinzukommt. Doch wird auch bei der Verwirkung der Gewalt des Vaters und der Scheidungsschuld der Mutter sich nicht immer die Bestellung eines Pflegers vernotwendigen, da nach § 1635 Absatz 1 Satz 2 das Vormundschaftsgericht aus besonderen Gründen die Sorge für die Person des Kindes zwischen Vater und Mutter abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen verteilen und diese Verteilung auch noch nachträglich treffen und jederzeit wieder abändern kann. Es wird sich empfehlen, von diesem Recht im Falle der Verwirkung Gebrauch zu machen und der Mutter, wenn sie geeignet und würdig erscheint, die Sorge für die Person des Kindes trotz ihrer Scheidungsschuld zu übertragen. Somit wird schließlich dem praktischen Erfolge nach das Recht der Mutter in allen drei Erwerbsfällen ziemlich gleich liegen, wenn man berücksichtigt, daß auch beim Tod und bei der Todeserklärung des Vaters die Mutter, wenn sie infolge ihrer Scheidungsschuld das leibliche oder geistige Wohl des Kindes zu

gefährden scheint, die Personensorge durch § 166 wieder verlieren kann.

Schließlich sei noch hervorgehoben, daß der Vater nach § 1687 Nr. 1 in der Lage ist, durch letztwillige Verfügung die Bestellung eines Beistandes anzuordnen, so daß dadurch die Mutter schon im Zeitpunkt ihres Gewalterwerbes beschränkt sein kann. Doch läßt eine solche Beistandsbestellung den Umfang der mütterlichen Gewalt an sich unberührt und hat nur Beschränkungen hinsichtlich der Ausübung der Gewalt zur Folge.

Teil II. § 1685.

Der Erwerb der Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter.

§ 6.

Allgemeine Voraussetzung.

Der § 1685 hat in seiner Entstehungsgeschichte viele Wandlungen durchgemacht; er hat in allen drei Entwürfen des B.G.Bs. eine verschiedenartige Fassung gehabt und ist auch noch durch Beschlüsse der Reichstagskommission in erheblichem Maße abgeändert. Im bürgerlichen Gesetzbuch lautet er nunmehr folgendermaßen:

„Ist der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert, oder ruht seine elterliche Gewalt, so übt während der Dauer der Ehe die Mutter die elterliche Gewalt, mit Ausnahme der Nutznießung, aus."

„Ist die Ehe aufgelöst, so hat das Vormundschaftsgericht der Mutter auf ihren Antrag die Ausübung zu übertragen, wenn die elterliche Gewalt des Vaters ruht und keine Aussicht besteht, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde. Die Mutter erlangt in diesem Falle auch die Nutznießung am Kindesvermögen."

Der § 1685 unterscheidet zwischen Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter bei bestehender und bei aufgelöster Ehe und stellt je nachdem verschiedene Voraussetzungen für den Erwerb der mütterlichen Berechtigung auf. Außer den im § 1685 selber enthaltenen Voraussetzungen muß ebenso wie im § 1684 als allgemeine und eigentlich selbstverständliche Voraussetzung gelten, daß die Mutter zur Ausübung der Gewalt auch imstande ist. Dazu gehört, daß in der Person der Mutter zur Zeit des Eintritts ihres Ausübungsrechtes nicht Gründe vorliegen, nach denen ihre Gewalt ruhen oder beendigt sein würde[1]), und außerdem noch für den Fall der nur tatsächlichen Verhinderung des Vaters, daß die Mutter sich nicht in der gleichen Lage, wie der Vater, befindet, d. h. selber an der Gewaltausübung tatsächlich verhindert sein würde. Ist die Mutter zur Gewaltausübung nicht befähigt, so hat das Vormundschaftsgericht die im Interesse der Kinder erforderlichen Maßregeln nach § 1665 zu treffen und beim Ruhen der väterlichen Gewalt einen Vormund und bei tatsächlicher Verhinde-

[1]) Vergl. über die näheren Gründe, welche die elterliche Gewalt der Mutter beendigen und einen Erwerb derselben kraft Gesetzes ausschließen, Seite 8.

rung des Vaters einen Pfleger zu bestellen. In diesem letzteren Fall genügt stets die Anordnung einer Pflegschaft. Selbst wenn der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt in ihrer Gesamtheit verhindert ist, bleibt er an sich, da seine Verhinderung eine nur tatsächliche ist, zur Vertretung des Kindes berechtigt, so daß die Voraussetzungen einer Vormundschaft nach § 1773 niemals gegeben sein können.

§ 7.

Der Erwerb der Ausübung der Gewalt durch die Mutter bei bestehender Ehe.

Das Gesetz hat aus dem Gesichtspunkt, daß die elterliche Gewalt beiden Eltern gemeinschaftlich zusteht und in Konsequenz der Gründe, aus welchen im § 1684 ein Übergang der Gewalt vom Vater auf die Mutter stattfindet, der Mutter während der Dauer der Ehe die Ausübung der elterlichen Gewalt für die Fälle eingeräumt, in welchen der Vater selber an der Gewaltausübung verhindert ist[1]). Wenn dies auch als Grundsatz gilt, so tritt die Mutter doch nicht in allen Verhinderungsfällen des Vaters, sondern nur in denjenigen ein, in welchen die Ausübung der Gewalt durch die Mutter ohne Gefährdung der Interessen des Kindes oder des Vaters möglich erscheint. Im Gesetz werden daher diejenigen Fälle väterlicher Verhinderung, in welchen die Mutter die Ausübung erwirbt, besonders hervorgehoben. Der Absatz 1 des § 1685 stellt für

[1]) Vergl. Denkschrift, Seite 234 und Motive IV, Seite 822, 736.

die Dauer der Ehe zwei solcher Erwerbsfälle auf, und zwar erhält die Mutter bei tatsächlicher Verhinderung des Vaters und wenn seine Gewalt ruht, die Ausübung der elterlichen Gewalt.

a) Die Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter infolge tatsächlicher Verhinderung des Vaters.

Alle drei Entwürfe haben Bedenken getragen, die Gewaltausübung schon im Falle einfacher tatsächlicher Verhinderung des Vaters auf die Mutter übergehen zu lassen. Die Motive begründen ihre ablehnende Stellung damit, daß ein dringendes praktisches Bedürfnis nicht vorliege, die elterliche Gewalt der Mutter in solchen Fällen, in welchen der Vater an der Ausübung derselben durch Abwesenheit oder Krankheit verhindert sei, ohne Rücksicht darauf eintreten zu lassen, ob nach § 1554 (jetzt § 1677) die Voraussetzung des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters begründet sei, da insoweit die Vorschriften über die Anordnung einer Pflegschaft und über Geschäftsführung ohne Auftrag als ausreichend zu erachten seien. Hinzukomme, daß eine derartige Bestimmung wegen der Unbestimmtheit der Voraussetzungen, von welchen demnach die Vertretungsmacht der Mutter abhängig sein würde, die Sicherheit des Verkehrs zu gefährden drohe[1]). Im Gegensatz zu den Entwürfen hat die Reichstagskommission den Übergang der Gewaltausübung bei

[1]) Vergl. Motive IV, Seite 822.

jeder tatsächlichen Verhinderung des Vaters beschlossen. Die Mehrheit der Kommission hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß die Aufnahme einer solchen Bestimmung dem der elterlichen Gewalt zugrunde liegenden Prinzip entspreche, und die Mutter eine ihrer unwürdige Stellung einnehmen würde, wenn in Fällen tatsächlicher Verhinderung des Vaters nicht sie an seine Stelle trete, sondern das Vormundschaftsgericht zum unmittelbaren Eingreifen, beziehungsweise zur Aufstellung eines Pflegers nach § 1642 (jetzt § 1665) verpflichtet und berechtigt sei[1]). Mag man auch die prinzipiellen Gründe, welche die Reichstagskommission zu dem Beschluß geführt haben, billigen, so ist doch andererseits nicht zu verkennen, daß die von den Motiven geäußerten Bedenken für die Sicherheit des Verkehrs vollauf berechtigt sind.

Nicht jede Verhinderung des Vaters, sondern nur eine solche tatsächlicher Art, begründet das Recht der Mutter. Keine tatsächliche Verhinderung ist es, wenn dem Vater einzelne oder auch alle Bestandteile seiner elterlichen Gewalt nach § 1666 entzogen sind. Ebenso verhält es sich, wenn der Vater wegen Widerstreits der Interessen das Kind nach den §§ 1630 Abs. 2, 1795, 181 nicht vertreten kann[2]), oder an das Kind Zu-

[1]) Vergl. Mugdan: „Die gesamten Materialien zum B.G.B.", Band IV, Seite 1254/1255.

[2]) Vergl. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Band 1, Seite 277/278: Der Mutter steht das Recht nicht zu, ihr Kind im Prozeß gegen den Vater zu vertreten, da diese Verhinderung des Vaters eine rechtliche, keine tatsächliche ist.

wendungen dritter unter Ausschließung der Verwaltung des Vaters nach § 1638 gemacht sind, oder wenn der Vater infolge von Konkurseröffnung die Vermögensverwaltung nach § 1647 verloren hat. Alle diese Fälle sind, da sie auf gesetzlicher Vorschrift beruhen, unbedingt rechtlicher Natur und bei denselben kann niemals die Gewalt von der Mutter ausgeübt werden, sondern es muß nach § 1665 das Vormundschaftsgericht einschreiten und dem Kinde einen Pfleger oder eventuell im Falle des § 1666 einen Vormund bestellen. Dagegen haben beispielsweise Krankheiten, Abwesenheit und Haft tatsächliche Natur, und auch vorübergehende Geistesstörung erscheint als tatsächliche Verhinderung, da dieselbe an sich schon als Krankheit, und daher auch ohne die rechtliche Bestimmung des § 105 Absatz 2, den Vater an der Ausübung der Gewalt hindert [1]). Die tatsächliche Verhinderung muß sodann auch wirklich bestehen. Von einer wirklichen Verhinderung kann, wie Knitschky mit Recht hervorhebt, nur dann die Rede sein, wenn man die Entscheidung des Vaters nicht einholen konnte und die betreffende Angelegenheit sich nicht aufschieben ließ [2]). Staudinger ist der Ansicht, daß die Mutter bei jeder tatsächlichen Verhinderung des Vaters berechtigt ist, gleichviel, ob der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt überhaupt oder nur an der Besorgung einer einzelnen

[1]) Ebenso, doch ohne Begründung, Opet, Seite 283 Note 3; Fraenkel, Seite 127 Note 1 und Böhm: „Das Vormundschaftsrecht des B. G. Bs.“, Seite 15 sub VI.

[2]) Vergl. Knitschky, Seite 247.

Angelegenheit oder eines Kreises von solchen verhindert ist[1]), und derselben Auffassung scheint auch die Reichstagskommission, welche die tatsächliche Verhinderung in den Absatz 1 des § 1685 eingefügt hat, gewesen zu sein. Allerdings ist dies in dem Kommissionsbericht zu § 1685 nicht ausdrücklich gesagt, doch deutet alles daraufhin, insbesondere der Beschluß über die Inhaltsänderung des § 1653 (jetzt § 1677 und deren Begründung[2]). Nach Staudingers und anscheinend auch der Reichstagskommission Ansicht wäre beispielsweise, wenn der Vater seinen minderjährigen Sohn vor dem Amtsgericht zu vertreten hat, am Tage vor dem Termin sich aber den Fuß verrenkt, wodurch er auf kurze Zeit am Gehen verhindert ist, im übrigen jedoch vollkommen gesund und handlungsfähig bleibt, die Mutter berechtigt, ihren Sohn in dem Termin ohne Vollmacht des Vaters kraft eigenen Rechtes zu vertreten. Dies dürfte doch wohl zu weit gehen. M. E. ist der Ansicht Staudingers nicht stattzugeben, und muß sich die tatsächliche Verhinderung immer als eine solche darstellen, daß durch dieselbe der Vater an der Ausübung der Gewalt in ihrer Gesamtheit verhindert ist[3]). Allerdings wird die Mutter

---

[1]) Vergl. Staudinger IV, Seite 483.

[2]) In § 1653 (jetzt § 1677) wurden die Worte: „und für die Person und das Vermögen des Kindes durch die Anordnung einer Pflegschaft nicht genügend gesorgt werden kann“ gestrichen.

Vergl. die Materialien von Mugdan, Seite 1263.

[3]) Ebenso Boschan: „Das Eltern- und Vormundschaftsrecht in der gerichtlichen Praxis“, Seite 9 und Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Band 1 Seite 277 und 278.

wegen der nur vorübergehenden Natur der tatsächlichen Verhinderung meistens nicht Gelegenheit finden, die elterliche Gewalt in allen ihren Bestandteilen auszuüben, vielleicht wird sie z. B. bei einem kurzen Ohnmachtsanfall des Vaters, überhaupt nicht in Tätigkeit treten, doch muß immer die Möglichkeit bestehen, daß sie während der, wenn auch noch so kurzen Dauer der Verhinderung in allen Gewaltrechten tätig zu werden vermag, was nur dann geschehen kann, wenn der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt schlechthin verhindert ist. Überhaupt ist eine möglichst enge Auslegung des Begriffes der tatsächlichen Verhinderung im Interesse der Verkehrssicherheit sehr zu wünschen.

Der Erwerb der mütterlichen Berechtigung hat im Falle der tatsächlichen Verhinderung des Vaters an sich auf den Bestand des väterlichen Rechts zur Gewaltausübung keine Wirkung, und dieser Fall steht damit im Gegensatz zu den andern Erwerbsfällen beim Ruhen der väterlichen Gewalt, wo der Vater wohl nomineller Inhaber der elterlichen Gewalt bleibt, doch sein Ausübungsrecht für die Zeit der mütterlichen Berechtigung nach § 1678 einbüßt. Weil der Vater eben nur tatsächlich verhindert ist, bleibt er an sich zur Ausübung der Gewalt berechtigt. Hiernach sind also zwei Berechtigte vorhanden, und damit liegt die Gefahr nahe, daß die Berechtigungen Beider miteinander in Widerstreit treten. Wie aus den Worten des Gesetzes zu schließen ist, soll der Fall der tatsächlichen Verhinderung des Vaters den Fällen seiner rechtlichen Verhinderung,

dem Ruhen seiner Gewalt, vollkommen gleichgestellt sein, und daher muß auch die praktische Folge des Rechtserwerbes für die Mutter im Falle tatsächlicher Verhinderung die gleiche sein, wie in den Fällen der rechtlichen Verhinderung. Hier wie da übt die Mutter aus eigenem Recht und mit denselben Wirkungen die elterliche Gewalt aus. Auch im Falle seiner nur tatsächlichen Verhinderung haben die Entscheidungen der Mutter für den Vater rechtswirksame Kraft, und ist es demselben unmöglich, die Entscheidungen hinterher umzustoßen, weil sie etwa seinen Wünschen nicht entsprechen [1]). Eine Kollisionsgefahr zwischen väterlicher und mütterlicher Berechtigung kann sich für die Zeit, für welche die tatsächliche Verhinderung des Vaters feststeht, nicht ergeben. Die Gefahr liegt, wie von den Motiven angedeutet, auf einer andern Seite und besteht darin, daß es oft schwer erkennbar und unbestimmt sein wird, ob in Wirklichkeit eine tatsächliche Verhinderung des Vaters eingetreten, und, wenn sie eingetreten, wie lange sie als vorhanden anzusehen ist [2]). Es wird sich häufig ereignen können, daß die Mutter in gutem Glauben, der Vater sei an der Ausübung der Gewalt tatsächlich verhindert, Angelegenheiten für das Kind besorgt, während in Wirklichkeit eine Verhinderung des Vaters nicht vorliegt. In solchen Fällen erscheint die Mutter als zur Ausübung der Gewalt nicht berechtigt

---

[1]) Vergl. Knitschky, Seite 248.

[2]) Für den Fall, daß die tatsächliche Verhinderung des Vaters eingetreten und nur die Beendigung derselben zweifelhaft ist, wird mit Rücksicht auf die §§ 1686, 1682 die Gefahr eine geringere sein.

und ihre für das Kind vorgenommenen Handlungen sind zunächst unwirksam und unterliegen den allgemeinen Vorschriften über Vertretung ohne Vertretungsmacht [1]).

Schließlich wird auch die berechtigte Vertretungsbefugnis der Mutter mit Schwierigkeiten zu kämpfen haben, weil die Tatsache, daß der Vater an der Ausübung der Gewalt verhindert ist, nach außen hin den Dritten gegenüber nicht immer erkennbar sein wird.

b) Die Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter infolge des Ruhens der Gewalt des Vaters.

In den Entwürfen des B. G. Bs. hatte man gefürchtet, daß der Vater im Falle seiner Entmündigung wegen Verschwendung und Trunksucht einen schlechten Einfluß auf die Mutter ausüben könnte, und daher in diesen Fällen für die Dauer der Ehe einen Übergang der Gewaltausübung auf die Mutter ausgeschlossen. Erst durch die Reichstagskommission wurde diese Beschränkung gestrichen und damit der Erwerb der Gewaltausübung der Mutter auf alle Fälle des Ruhens der väterlichen Gewalt ausgedehnt. — Das Gesetz zählt in den §§ 1676 und 1677 vier Fälle auf, in welchen ein Ruhen der Gewalt des Vaters eintritt, und gibt im § 1678 die allgemeine Folge des Ruhens damit an, daß der Vater, solange seine Gewalt ruht, nicht berechtigt ist, sie auszuüben. Somit ist die Voraus-

[1]) Vergl. Planck IV, Seite 439 und Knitschky Seite 248.

setzung des mütterlichen Erwerbes eine auf § 1678 gegründete rechtliche Verhinderung des Vaters, wodurch das Recht der Gewaltausübung für Mutter und Verkehr fester umgrenzt und leichter erkennbar wird, als im vorhin behandelten Erwerbsfall der nur tatsächlichen Verhinderung des Vaters.

Im einzelnen tritt zunächst nach § 1676 aus drei Gründen ein Ruhen der Gewalt des Vaters ein:

1. wenn der Vater geschäftsunfähig (§ 104 Nr. 2 und 3) ist;

2. wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (§§ 106 und 114), und

3. wenn er nach § 1910 Absatz 1 einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen erhalten hat.

Da der Eintritt dieser Gründe im allgemeinen an feststehende Tatsachen, wie an die Bestellung eines Vormundes oder eines Pflegers, beziehungsweise an die Zustellung des die Entmündigung aussprechenden Beschlusses (C.P.O. §§ 661, 683) geknüpft ist[1]), wird auch der Beginn des Ruhens und damit der Beginn der Berechtigung der Mutter nicht zweifelhaft sein. Nur in einem Fall des Ruhens wegen Geschäftsunfähigkeit, wenn der Vater nach § 104 Nr. 2 sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht dieser Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist, kann der Zeitpunkt unbestimmt sein.

[1]) Der Fall der Minderjährigkeit kann in bezug auf § 1303 Absatz 1 keine praktische Bedeutung haben.

Doch dürfte hierdurch eine neue Gefahr für die Sicherheit des Verkehrs nicht entstehen, vielmehr dieselbe mit der Gefahr beim ersten Erwerbsfall des § 1685 Abs. 1 zusammenfallen, da der Vater bei jeder Krankheit, insbesondere auch bei vorübergehender Störung der Geistestätigkeit an der Gewaltausübung tatsächlich verhindert sein kann, und infolgedessen die Mutter bereits zu der Zeit berechtigt sein wird, wo die Geisteskrankheit des Vaters den nach § 104 Nr. 2 nötigen Grad noch nicht erreicht hat oder auch überhaupt nicht erreichen wird.

Für den noch übrigen Fall des Ruhens entzieht § 1677 im Gegensatz zu den drei anderen Fällen dem Vater die Ausübung der Gewalt nicht aus rechtlichen, sondern aus tatsächlichen Gründen und bestimmt, daß die elterliche Gewalt des Vaters ruht, wenn vom Vormundschaftsgericht festgestellt ist, daß der Vater auf längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist. Der Mutter wird durch § 1677 kein neuer Rechtserwerb zuteil, sondern sie erwirbt schon bei jeder tatsächlichen Verhinderung des Vaters nach § 1685 Absatz 1 die Ausübung der Gewalt und hat daher die Feststellung des Ruhens nicht mehr nötig. Der § 1677 hat in erster Linie nur die negative Bedeutung, daß der Vater für die Dauer des Ruhens sein Recht zur Ausübung der Gewalt verliert[1]). Im Gegensatz zu § 1685 Abs. 1 darf im Falle des Ruhens die Verhinderung keine vorübergehende sein, sondern muß

[1]) Vergl. Boschan, Seite 32.

eine solche von längerer Dauer sein. Doch nur in diesem Punkte unterscheiden sich die beiden Verhinderungen, während sie im übrigen inhaltlich von gleicher Beschaffenheit sind. Hier wie da muß sich die tatsächliche Verhinderung des Vaters auf die Ausübung der elterlichen Gewalt in ihrer Gesamtheit erstrecken. Allerdings ist anscheinend wiederum die Reichstagskommission anderer Ansicht gewesen, indem sie im § 1653 des III. Entwurfes (jetzt § 1677) den Passus gestrichen hat, nach welchem die Gewalt des Vaters nur dann ruhen sollte, wenn sich infolge seiner Verhinderung die Notwendigkeit einer allgemeinen Fürsorge für die Person und das Vermögen des Kindes ergebe. Doch wie schon bei der tatsächlichen Verhinderung des § 1685 Absatz 1, so ist erst recht hier die Auffassung, daß schon eine Verhinderung an der Besorgung einer einzelnen Angelegenheit oder eines Kreises von solchen ausreichend sei, unhaltbar. Insbesondere auch im Hinblick auf § 1678, welcher dem Vater das Recht zur Ausübung der Gewalt schlechthin abspricht, wird das Vormundschaftsgericht nur dann eine tatsächliche Verhinderung des Vaters feststellen können, wenn sich dieselbe auf die Ausübung der elterlichen Gewalt im ganzen bezieht[1]). Die weitere Voraussetzung, daß die tatsächliche Verhinderung und die Dauer derselben vom Vormundschaftsgericht festgestellt wird, ist aus Sicherheitsgründen für den Verkehr

[1]) Ebenso Planck IV, Seite 429, Staudinger IV, Seite 474, und Zimmermann: „Das Ruhen der elterlichen Gewalt", Seite 21 und 22.

getroffen. Durch dieselbe werden die Rechtsschwierigkeiten und Gefahren vermieden, welche sich bei der nicht festgestellten tatsächlichen Verhinderung des § 1685 Absatz 1 ergeben, und in ihr liegt die Bedeutung des § 1677 für den Rechtserwerb der Mutter; insofern es dadurch möglich ist, das für die Mutter bereits nach § 1685 Absatz 1 erworbene Recht zu einem sicheren und fest umgrenzten zu machen.

§ 8.

Die Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter nach Auflösung der Ehe.

Das von dem Absatz 1 des § 1685 aufgestellte Prinzip, daß die Mutter in Fällen der Verhinderung des Vaters an seiner Stelle die elterliche Gewalt ausübt, gilt nur für die Dauer der Ehe, während für die Zeit nach Auflösung derselben der Grundsatz gilt, daß die Mutter regelmäßig nicht an Stelle des Vaters die Gewalt ausübt. Im allgemeinen muß daher das Vormundschaftsgericht in den Fällen des Absatz 1 von § 1685 für die Zeit von der Eheauflösung an die erforderlichen Maßregeln nach § 1665 treffen und dem Kinde einen Vormund, beziehungsweise für den Fall der einfachen tatsächlichen Verhinderung des Vaters einen Pfleger bestellen, neben welchem die Mutter, falls sie nicht selber bestellt wird, die Personensorge nach den §§ 1635/1637 und bei Scheidung der Ehe wegen Geisteskrankheit nach dem § 1698 erhält. Diese vom Absatz 1 abweichende Regelung beruht auf der

Erwägung, daß durch die Auflösung der Ehe das nahe persönliche Verhältnis zwischen den Ehegatten wegfalle und nicht mehr die Gewähr geboten sei, daß die Mutter in den im § 1685 Absatz 1 aufgestellten Verhinderungsfällen des Vaters die elterliche Gewalt im Sinne des letzteren ausüben und insbesondere auch dessen Interesse in Ansehung der ihm verbleibenden Nutznießung gebührend wahrnehmen werde; auch sei zu besorgen, daß zwischen den Eltern Konflikte entstehen und unter dem Wechsel der elterlichen Gewalt die Interessen der Kinder leiden würden[1]). Diese Bedenken fallen weg, wenn die Verhinderung des Vaters aller Voraussicht nach eine dauernde ist, und daher gewährt das Gesetz der Mutter die Möglichkeit, trotz Auflösung der Ehe die Ausübung der elterlichen Gewalt zu erwerben, beziehungsweise wiederzuerwerben, wenn sie die Gewaltausübung bereits nach § 1685 Absatz 1 innegehabt und nur infolge der Auflösung der Ehe verloren hatte.

Für diesen ausnahmsweisen Rechtserwerb gibt die nähere Regelung der Absatz 2 vom § 1685. Vorbedingung für seine Anwendung ist, daß beide Ehegatten leben, und ihre Ehe aufgelöst ist. Als Eheauflösungsgründe kommen dieselben, wie im § 1684 Nr. 2 bei der Verwirkung der Gewalt durch den Vater, in Frage; es sind also die Scheidung der Ehe und die derselben gleichgestellte Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft

[1]) Vergl. Motive IV 823/824, Protokolle IV, Seite 642 und Goering: „Das Recht der Minderjährigen und Entmündigten", Seite 114.

in ihrem ganzen Umfange und die Wiederverheiratung nach erfolgter Todeserklärung in dem einzigen Fall, daß die für tot erklärte Mutter nach Eingehung einer neuen Ehe seitens des Vaters zurückkehrt und die Gewalt des Vaters über ein Kind der früheren Ehe ruht. Neumann und Zimmermann sind der Ansicht, daß dasselbe dann gilt, wenn der Vater nach erfolgter Wiederverheiratung der Mutter zurückkehrt und seine gemäß § 1679 Absatz 2 wiedererlangte Gewalt ruht [1]). Doch mit Unrecht, da die Mutter nach § 1697 durch ihre Wiederverheiratung dauernd ihr Recht zur Ausübung der elterlichen Gewalt verloren hat [2]). Der Rechtserwerb der Mutter hat zur Voraussetzung, daß die elterliche Gewalt des Vaters ruht und keine Aussicht besteht, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde. Solche Fälle des Ruhens von voraussichtlich bleibender Dauer sind z. B. unheilbare Geisteskrankheit und Verurteilung zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe.

Nach dem Grundsatz aller bisher behandelten Erwerbsfälle erhält die Mutter beim Vorliegen ihrer

[1]) Vergl. Neumann II, Seite 938, und Zimmermann, Seite 72. Planck IV, Seite 439, scheint zunächst derselben Ansicht zu sein, indem es dort am Ende der Note 2 zu § 1685 heißt: „als Auflösung der Ehe kommt im Falle des § 1679 Absatz 2 auch die Wiederverheiratung nach erfolgter Todeserklärung des Vaters in Betracht", doch liegt möglicherweise nur ein Irrtum vor, da in Note 7 zu § 1685 als selbstverständliche Voraussetzung für § 1685 Absatz 2 verlangt wird, daß die Mutter nicht eine neue Ehe nach § 1697 geschlossen hat.

[2]) Darüber, daß § 1697 auch auf § 1685 Absatz 2 Anwendung finden muß, vergl. Seite 46.

Voraussetzungen ohne weiteres kraft Gesetzes die Ausübung der elterlichen Gewalt. Doch macht das Gesetz von diesem Grundsatz hier eine Ausnahme und bestimmt, daß zu dem voraussichtlich dauernden Ruhen der Gewalt des Vaters hinzukommen muß, daß der Mutter auf ihren Antrag die Ausübung der Gewalt vom Vormundschaftsgericht übertragen wird. Diese Bestimmung ist einerseits für die Sicherheit des Verkehrs, andererseits aus dem Gesichtspunkt getroffen, daß die Entscheidung über die Ausübung der elterlichen Gewalt im einzelnen Fall wegen der damit im Zusammenhang stehenden Nutznießung für die ganze Familie von großer Bedeutung ist, und es daher im Interesse derselben liegt, wenn die Mutter erst nach genauer Prüfung und Feststellung der gesetzlichen Voraussetzung durch das Vormundschaftsgericht die Ausübung der Gewalt übertragen erhält[1]). Doch ist die Übertragung nicht in das freie richterliche Ermessen des Vormundschaftsgerichts gestellt, sondern dasselbe hat der Mutter die Gewalt zu übertragen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Der Mutter steht also ein Anspruch auf Übertragung zu, welcher von ihrem Antrag beim Vormundschaftsgericht zu dem Zwecke abhängig gemacht ist, um zu verhindern, daß der Gewaltübergang auf die Mutter gegen ihren Willen stattfinde[2]).

[1]) Vergl. Protokolle IV, Seite 643.

[2]) Vergl. Protokolle IV, Seite 643; Knitschky, Seite 249 und Opet, Seite 324.

Was den Beginn des mütterlichen Rechtes betrifft, so beginnt dasselbe in dem Zeitpunkt, in welchem die Übertragungsverfügung des Vormundschaftsgerichtes durch Bekanntmachung an die Mutter nach F. G. § 16 Abs. 1 wirksam wird. Der Beginn des Ruhens der Gewalt des Vaters und der Beginn des Ausübungsrechts der Mutter können im § 1685 Absatz 2 grundsätzlich nicht zusammenfallen. Doch ist eine Ausnahme im Fall des § 1677 möglich. Hier kann das Vormundschaftsgericht, sofern die tatsächliche Verhinderung des Vaters von vorneherein als eine voraussichtlich dauernde erscheint, in einer Verfügung diese Verhinderung nach § 1677 feststellen und die Gewalt der Mutter nach § 1685 Absatz 2 übertragen[1]). Diese Verfügung wird nach F. G. § 51 in ihrem ganzen Inhalt mit der Bekanntmachung an die Mutter wirksam, so daß Beginn des Ruhens des väterlichen und Beginn des mütterlichen Rechtes zusammenfallen müssen.

§ 9.

Inhalt und Umfang des Rechtes der Mutter zur Ausübung der elterlichen Gewalt.

Das im § 1685 von der Mutter erworbene Recht unterscheidet sich von dem im § 1684 erworbenen durch den Namen, indem die Mutter nicht die elterliche Gewalt in ihrer Substanz, sondern nur die Ausübung

[1]) Vergl. Planck IV, Seite 439 und Schultheis: „Der deutsche Vormundschaftsrichter", Seite 268.

derselben erhält, und dadurch, daß es der Mutter regelmäßig nur für gewisse Zeiten und nicht endgültig zusteht. Im übrigen ist, abgesehen von der in Absatz 1 vorgesehenen Ausnahme über die Nutznießung, das Recht des § 1685 inhaltlich vollkommen dem des § 1684 gleich. Auch für § 1685 gilt der § 1686, nach welchem die Mutter die elterliche Gewalt grundsätzlich mit gleichen Rechten und Pflichten, wie der Vater ausübt. Die §§ 1687 ff., welche über die Beistandschaft handeln, finden ebenfalls Anwendung; allerdings können sie nur im beschränkten Maße in Betracht kommen. Von den Fällen, in welchen der Mutter ein Beistand zu bestellen ist, scheidet der erste (§ 1687 Nr. 1) ohne weiteres aus und auch die beiden übrigen (§ 1687 Nr. 2 und 3) werden nur dann eintreten, wenn die Mutter die Gewaltausübung infolge eines voraussichtlich längeren Ruhens der Gewalt des Vaters erwirbt. Ein wirkliches Bedürfnis wird sich im Absatz 2 des § 1685 ergeben können; insbesondere wird das Vormundschaftsgericht in dem Fall, daß es die Mutter für wenig geeignet hält, gleichzeitig mit der Übertragung der Gewalt der Mutter einen Beistand bestellen[1]). Endlich findet auch § 1697 Anwendung. In dieser Beziehung scheinen

[1]) Vergl. Knitschky, Seite 252 und Warneyer: „Jahrbuch der Entscheidungen", Band II, S. 129 zu § 1685: „Der Vormundschaftsrichter, der Entschließung nach § 1685 Absatz 2 zu treffen hat, muß auch darüber Entschließung treffen, ob er dies unbeschränkt tun kann oder ob die Sachlage die Bestellung eines Beistandes erfordert." (Oberlandesgericht Dresden, 27. Mai 1902. Sächs. O. L. G. 24, 363).

Bedenken zu herrschen[1]). Doch ohne Grund. Denn für § 1697 liegt die Sache in keiner Weise anders wie für § 1686. Auch § 1686 bezieht sich dem Wortlaut nach nur auf den Fall, daß der Mutter die elterliche Gewalt zusteht, und dennoch ist es ohne weiteres klar, daß er ebenso sehr für die Ausübung der Gewalt nach § 1685 gelten soll. Meines Erachtens kann es nicht zweifelhaft sein, daß § 1697 entsprechende Anwendung auf § 1685 (in Frage kann nur der Absatz 2 vom § 1685 kommen) findet[2]).

Der Vater bleibt im § 1685 Inhaber der elterlichen Gewalt. Doch kann dieser Umstand dem Recht der Mutter nicht entgegenstehen, da der Vater während der Dauer der mütterlichen Berechtigung an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich oder rechtlich verhindert ist. Es kann daher das Recht der Mutter niemals mit demjenigen des Vaters in Kollision kommen; auch während seiner nur tatsächlichen Verhinderung ist dies, wie früher ausgeführt, nicht möglich[3]). In dem Zeitpunkt aber, in welchem die tatsächliche oder rechtliche Verhinderung wegfällt, tritt die Gewalt des Vaters von

[1]) Vergl. Seite 42, wo ausgeführt ist, daß Neumann, Zimmermann und anscheinend auch Planck der Mutter trotz ihrer Wiederverheiratung das Recht aus § 1685 Absatz 2 für den Fall zugestehen, daß der für tot erklärte Vater zurückgekehrt ist und seine wiedererlangte Gewalt ruht.

[2]) Ebenso Nußbaum in der deutschen Juristen-Zeitung IV, Seite 413 unter II, welcher auch auf die inneren Gründe, die zur Schöpfung des § 1697 geführt haben, hinweist und die praktische Brauchbarkeit der Anwendung des § 1697 auf § 1685 hervorhebt.

[3]) Vergl. Seite 35.

selbst wieder in volle Wirksamkeit und ist das Recht der Mutter ohne weiteres zu Ende[1]).

Auch leidet die Selbständigkeit des mütterlichen Rechtes nicht dadurch, daß der Vater nomineller Inhaber der elterlichen Gewalt bleibt. Die Mutter übt in den Fällen des § 1685 kraft eigenen Rechts und im eigenen Namen, nicht etwa als Vertreter des Vaters, die Gewalt aus, und ist unmittelbarer gesetzlicher Vertreter des Kindes, ebenso wie es solchen Falls der Vormund oder Pfleger sein würde, wenn die Mutter gestorben oder zur Gewaltausübung unfähig wäre[2]).

Folge der Selbständigkeit des Rechtes ist, daß der Umfang des mütterlichen Rechtserwerbes unabhängig von dem Umfange ist, in welchem bis dahin der Vater die Gewalt ausgeübt hat. Dies kann allerdings nur für die Fälle gelten, in welchen die Mutter infolge des Ruhens der Gewalt des Vaters berechtigt wird. In diesen Fällen kommen Beschränkungen, welche für die Person des Vaters durch Anordnung des Vormundschaftsgerichtes nach § 1666/1670, durch Eröffnung des Konkurses nach § 1647 oder durch Anordnung eines

---

[1]) Auch im Absatz 2 vom § 1685 endigt das Recht der Mutter ohne weiteres in dem Zeitpunkte, in welchem das Ruhen der Gewalt des Vaters fortfällt; vergl. Planck IV, Seite 439.

[2]) Ebenso Neumann II, Seite 932; Planck IV, Seite 431 und 435 u. a. m., mit gegenteiliger Ansicht wird in Neumanns „Jahrbuch des deutschen Rechts", 1. Jahrgang, Seite 134, Sartorius aufgeführt, dessen diesbezügliche Abhandlung: „Einfluß des Familienstandes auf die Staatsangehörigkeit", mir nicht zugänglich gewesen ist.

dritten nach § 1638 eingetreten sind, für die Gewaltausübung der Mutter nicht in Betracht. Die Mutter steht hier ebenso wie bei ihrem Rechtserwerb nach § 1684; sie erwirbt die Ausübung der Gewalt regelmäßig im unbeschränkten und vollen Umfang und ein für die dem Vater entzogenen Angelegenheiten dem Kinde bestellter gesetzlicher Vertreter ist zu entlassen. Dagegen kann dies nicht gelten, wenn die Mutter nur infolge tatsächlicher Verhinderung des Vaters die Gewalt ausübt. Hier ist es durchaus nötig und das Bedürfnis vorhanden, daß die genannten Beschränkungen von Bestand bleiben, da die Berechtigung der Mutter meistens nur eine vorübergehende ist und der Vater zur Ausübung der Gewalt berechtigt bleibt, also jederzeit selber wieder die Gewalt ausüben kann. — In allen Fällen, auch in denjenigen des Ruhens, wird der Umfang des mütterlichen Rechtserwerbes ausnahmsweise durch gewisse Tatsachen, welche in der Person des Kindes oder der Mutter eingetreten sind, beschränkt. Dies folgt, ebenso wie in den Fällen des § 1684, daraus, daß nach § 1686 die für die elterliche Gewalt des Vaters geltenden Vorschriften Anwendung finden und danach schon zu der Zeit des Erwerbes die Umstände zu berücksichtigen sind, welche eine Beschränkung der Ausübung der Gewalt nach den §§ 1647, 1633 und 1661 zur Folge haben. Für den Absatz 2 des § 1685 kommen außerdem die §§ 1635 und 1637 in Betracht. Hinsichtlich ihrer Anwendung und ihres einschränkenden Einflusses gilt dasselbe, was zu § 1684 Nr. 2 bei der Verwirkung der Gewalt durch

den Vater gesagt ist[1]). Auch hier ist in dem Rechtserwerb der Mutter, falls sie als schuldig an der Eheauflösung zu gelten hat, die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes nicht mitenthalten, sondern es muß für dieselbe ein Pfleger bestellt werden, falls nicht das Vormundschaftsgericht von der ihm nach § 1635 Absatz 1 Satz 2 zustehenden Befugnis Gebrauch macht und der Mutter, abweichend von der gesetzlichen Regelung, die Personensorge besonders überträgt.

Eine große Verschiedenheit des mütterlichen Erwerbes besteht aber innerhalb des § 1685, indem die Mutter nach Absatz 1 bei bestehender Ehe die Ausübung der Gewalt ohne Nutznießung, dagegen nach Absatz 2 nach Auflösung der Ehe mit Nutznießung erhält. Der gesetzgeberische Grund dafür, daß der Mutter bei bestehender Ehe die Nutznießung nicht zusteht, liegt darin, daß es eine unbillige Härte wäre, dem Vater in den hier in Betracht kommenden Fällen die Nutznießung zu entziehen, da es sich regelmäßig um einen nur vorübergehenden Zustand handeln und der Vater trotz seiner Verhinderung Vorsteher des Hauswesens bleiben wird[2]). Aus der Fassung des § 1685 Absatz 1 könnte gefolgert werden, daß der Mutter nicht nur das Recht auf den Genuß der Nutzungen, sondern auch die Ausübung der Nutznießung, d. h. die dazu erforderliche nießbräuchliche Verwaltung, entzogen sei. Doch, wie aus der Entstehungsgeschichte des § 1685 ersichtlich, sind die Worte: „mit Ausnahme der Nutznießung in

[1]) Vergl. Seite 24—26.

[2]) Vergl. Protokolle IV, Seite 652.

den Absatz 1 erst eingefügt, als durch Beschluß der Reichstagskommission den Fällen des Ruhens der Fall der tatsächlichen Verhinderung des Vaters gleichgestellt war, und es sich für letzteren nunmehr vernotwendigte, im Gegensatz zu den Fällen des Ruhens, wo dies bereits im § 1654 des III. Entwurfs (jetzt § 1678) geschah, einen Ausdruck zu finden, welcher diese Beschränkung enthielt. Einen weiteren Zweck als den infolge des Beschlusses der Reichstagskommission zu weitgehenden Wortlaut des Absatz 1 richtig zu stellen, sollte der Zusatz nicht haben [1]). Somit ist auch in der Rechtsstellung der Mutter zur Ausübung der Nutznießung keine Änderung eingetreten, und es gilt für dieselbe beim Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters dasselbe wie für jeden anderen gesetzlichen Vertreter des Kindes. Für die Fälle des Ruhens, in welchen der Vater auch die ihm verbleibende Nutznießung nach § 1656 nicht selber ausüben kann, ist nun allgemein anerkannt, daß dem an Stelle des Vaters tretenden gesetzlichen Vertreter des Kindes die Ausübung der Nutznießung zukommt [2]) [3]). Der gesetzliche Vertreter des Kindes,

[1]) Vergl. Mugdan: „Materialien zum B. G. B., Seite 1265.

[2]) Voraussetzung ist aber, daß der Vater nicht auf die Nutznießung nach § 1662 verzichtet hat, hierüber vergl. Seite 54.

[3]) Die im Entwurf I § 1532 enthalten gewesene Bestimmung, daß die Nutznießung für Rechnung des Inhabers der elterlichen Gewalt von dem Kinde durch den für die Vermögensverwaltung berufenen gesetzlichen Vertreter" auszuüben sei, wurde von der II. Kommission als selbstverständlich gestrichen. Vergl. weiter Planck IV, Seite 412, Staudinger IV, Seite 449, Knitschky, Seite 223, Boschan, Seite 26 und Fraenckel, Seite 153.

hier also die Mutter, übt die Nutznießung aber nicht im Namen des Vaters, etwa als sein Pfleger, für den aus den Einkünften und den mit ihnen zusammen hängenden Verpflichtungen bestehenden Teil seines Vermögens, sondern nur für Rechnung desselben aus [1]). Die Ausübung der Nutznießung gehört zur Verwaltung des Kindesvermögens, und die Mutter erhält dieselbe in ihrer Eigenschaft als Verweserin der Gewalt und gesetzlicher Vertreter des Kindes, wobei sie, soweit mit dem Interesse des Kindes vereinbar, auch das Interesse des Vaters an der Fruchtziehung zu berücksichtigen hat [2]). Nach Planck IV, Seite 412, ist das Rechtsverhältnis zwischen Vater und Mutter demjenigen ähnlich, welches zwischen dem Nießbrauche und dem zur Ausübung des Nießbrauches im § 1052 bestellten gerichtlichen Verwalter besteht. Jedenfalls hat der Vater einen dinglichen Anspruch auf Herausgabe der Früchte, deren Eigentümer er mit der Trennung wird [3]). Das Nähere über dies Rechtsverhältnis gehört nicht hierher, da es keine Besonderheit für den Rechtserwerb der Mutter bildet, sondern sie ebenso dasteht, wie jeder anderer gesetzliche Vertreter des Kindes.

Doch gilt das bisher Gesagte nur für die Fälle des Ruhens, und eine weitere Frage ist, ob der Mutter

[1]) Vergl. Knitschky, Seite 223.

[2]) Vergl. Motive IV, Seite 792.

[3]) Vergl. ebenso Motive IV, Seite 791, Staudinger IV, Seite 449, Knitschky, Seite 223, Planck IV, Seite 411; anderer Meinung Fraenckel, Seite 153, nach welchem der Vater nicht Eigentum an den Früchten, sondern nur einen dinglichen Anspruch auf Herausgabe des Reingewinnes erhält.

die Ausübung der Nutznießung auch im Falle der nur tatsächlichen Verhinderung des Vaters zusteht. Diese Frage dürfte zu bejahen sein, indem man auf grund der vorhin erwähnten Entstehungsgeschichte davon ausgeht, daß hier ebensowenig wie bei den Fällen des Ruhens aus der Fassung des § 1685 Absatz 1 etwas Gegenteiliges gefolgert werden kann. Die Berechtigung der Mutter beruht darauf, daß auch die Ausübung der Nutznießung nur ein Bestandteil der elterlichen Gewalt ist, zu deren Ausübung in ihrer Gesamtheit die Mutter im Fall der tatsächlichen Verhinderung des Vaters in gleicher Weise wie beim Ruhen seiner Gewalt berufen ist. Allerdings ist die Sachlage insofern eine andere, als der Vater bei seiner tatsächlichen Verhinderung zur Vermögensverwaltung und zur Ausübung der Nutznießung berechtigt bleibt. Infolgedessen findet § 1656, welcher voraussetzt, daß dem Vater die Vermögensverwaltung nicht zusteht, hier keinen Platz. Die Anwendung desselben ist auch, wie Knitschky mit Recht hervorhebt, überflüssig, da sein Zweck, Eingriffe des Vaters in die Verwaltung, die er unter Berufung auf sein Nutznießungsrecht versuchen könnte, zu verhindern, hier schon durch die tatsächlichen Umstände erreicht wird[1]). Der Umstand aber, daß der Vater an sich berechtigt bleibt, kann dem Recht der Mutter zur Ausübung der Nutznießung nicht entgegenstehen, da sie,

[1]) Vergl. Knitschky. Seite 247 Anm. 1. — Im Gegensatz zu Knitschky für Anwendung des § 1656 Staudinger IV. Seite 449.

wie früher ausgeführt, auch im Falle der nur tatsächlichen Verhinderung die elterliche Gewalt kraft eigenen Rechtes und mit Wirkung für den Vater ausübt. Voraussetzung ist nur immer, daß eine wirkliche tatsächliche Verhinderung vorliegt, und es sich also um eine Nutznießungsangelegenheit handelt, zu welcher man die Entscheidung des Vaters nicht einholen konnte, und welche sich insbesondere im Interesse des Kindes nicht aufschieben ließ. Im Hinblick auf die meistens nur kurze Dauer der hier inbetracht kommenden Verhinderung werden sich praktische Fälle dieser Art nur selten ergeben können.

Im Absatz 2 erhält dann die Mutter nicht nur die Ausübung der Nutznießung, sondern wird auch selber Inhaberin des Nutznießungsrechtes. Hier fallen die gegen die Gewährung des Rechtes im Absatz 1 sprechenden Gründe fort, weil die Mutter bei Auflösung der Ehe und der voraussichtlich dauernden Verhinderung des Vaters regelmäßig für die ganze Zeit der Minderjährigkeit der Kinder, Familienoberhaupt und Leiterin des Hausstandes geworden ist[1]).

Die Mutter erlangt die Nutznießung zugleich mit der Übertragung der Ausübung der Gewalt durch das Vormundschaftsgericht, und es sind die Voraussetzungen dieselben, wie für den Erwerb der übrigen Bestandteile des mütterlichen Rechtes. Nur eins muß hinzukommen; es darf der Vater nicht auf die Nutznießung nach

[1]) Vergl. Protokolle IV, Seite 652, und Knitschky, Seite 249.

§ 1662 verzichtet haben. Hat der Vater verzichtet, so erhält die Mutter die Nutznießung nicht, sondern das Vermögen bleibt freies Kindervermögen. Die Aufstellung dieser besonderen Voraussetzung widerspricht allerdings dem an anderer Stelle erörterten Grundsatz, daß der Umfang des mütterlichen Rechtes unabhängig von Tatsachen ist, die, in der Person des Vaters eingetreten, seine Gewaltausübung beschränkt haben. Doch rechtfertigt sie sich, wie Zimmermann Seite 85 ausführt, aus allgemeinen Erwägungen, insbesondere daraus, daß der Verzicht auf die Nutznießung zum mindesten so lange von Wirksamkeit sein muß, als der Vater noch rechtlich Träger der elterlichen Gewalt ist, also solange, als nach § 1685 Abs. 2 seine Gewalt nur ruht, da durch den Verzicht nicht die Berechtigung des Vaters an der Gewaltausübung beschränkt wird, sondern die elterliche Gewalt als solche an Umfang verliert, und infolgedessen die Mutter die Nutznießung als verlorenen Bestandteil der elterlichen Gewalt, deren Ausübung ihr übertragen ist, nicht erlangen kann. Im übrigen bleibt der vorhin erwähnte Grundsatz von Bestand; insbesondere erhält die Mutter die Nutznießung auch in dem Fall, daß sie dem Vater durch Anordnung des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 entzogen ist[1]).

Andererseits kann auch die Mutter, wenn sie die Nutznießung nach § 1685 Absatz 2 erworben hat, auf dieselbe verzichten, wodurch nicht etwa das Recht des

[1]) Ebenso Zimmermann, Seite 84; anderer Meinung anscheinend Neumann II, Seite 938.

Vaters wieder eintritt, sondern das Vermögen für die Zeit der mütterlichen Berechtigung freies Kindervermögen nach § 1651 wird[1]). Zu einem solchen Verzicht kann die Mutter veranlaßt werden, um ihre nach § 1606 Absatz 2 Satz 2 vor dem Vater bestehende Unterhaltungspflicht zu beseitigen.

---

[1]) Vergl. Zimmermann, Seite 83.

Dritter Abschnitt.

§ 10.

Übergangsbestimmungen.

Nach E. G. Artikel 203 bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem vor dem Inkrafttreten des B. G. Bs. geborenen ehelichen Kinde von dem Inkrafttreten des B. G. Bs. an nach dessen Vorschriften. Demzufolge sind mit dem 1. Januar 1900 alle Vormundschaften und Pflegschaften über diejenigen Kinder erloschen, für welche die Voraussetzungen einer elterlichen Gewalt, beziehungsweise Gewaltausübung der Mutter nach den §§ 1684 und 1685 gegeben waren. Abweichend von dem Grundsatz des Artikels 203 bleiben nach Artikel 204 Anordnungen der zuständigen Behörde, welche die Mutter zurzeit des Inkrafttretens des B. G. Bs. in der Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes beschränken, auch fernerhin von Bestand, und nach Artikel 205 gilt die Anordnung des Vaters, durch welche die Mutter vor dem Inkrafttreten des B. G. Bs. auf Grund der bisherigen Gesetze von der Vormundschaft über das Kind ausgeschlossen oder ihr ein Beistand zugeordnet war, von dem Inkrafttreten des B. G. Bs. an als Anordnung der Bestellung eines Beistandes im Sinne des B. G. Bs. Doch bilden

diese Abweichungen nur geringfügige Ausnahmen; im Regelfall bestimmt sich Inhalt und Umfang der elterlichen Gewalt beziehungsweise Gewaltausübung der Mutter auch hinsichtlich derjenigen Kinder, für welche bis zum 1. Januar 1900 ein Pfleger oder Vormund bestellt war, nach den Vorschriften des B. G. Bs.

Selbstverständlich kann eine Berechtigung der Mutter zur Zeit des Inkrafttretens des B. G. Bs. nur dann in Frage kommen, wenn derzeit die allgemeinen Voraussetzungen für den Rechtserwerb vorhanden gewesen sind. Doch ist in dieser Beziehung die Frage streitig, ob die Mutter die elterliche Gewalt über ihre Kinder erster Ehe auch dann erlangt hat, wenn sie vor dem Inkrafttreten des B. G. Bs. eine zweite Ehe eingegangen ist, diese zweite Ehe aber vor dem Inkrafttreten des B. G. Bs. wieder gelöst ist. Das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung vom 25. Februar 1901 diese Frage bejaht, indem es der Meinung ist, daß sich § 1697 nicht auf die Vergangenheit beziehen kann[1]). Ich halte diese Entscheidung nicht für richtig und bin der Ansicht, daß die Frage aus den Gründen, welche Blanckmeister im „Recht", Jahrgang IV anführt, zu verneinen ist[2]) [3]).

[1]) Vergl. Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1901, Seite 357.

[2]) Vergl. das Recht: „Rundschau für den deutschen Juristenstand", Jahrgang IV, Seite 226 und 227.

[3]) Vergl. Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ost-Preussen, 2. Jahrgang, Band 1899, Seite 35.